

Les Cahiers de droit



Les sanctions de la violation de la règle d'ordre public dans les conventions entre particuliers

Réjean Patry

Volume 3, Number 1, April 1957

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004116ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004116ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Patry, R. (1957). Les sanctions de la violation de la règle d'ordre public dans les conventions entre particuliers. *Les Cahiers de droit*, 3(1), 92–102.

<https://doi.org/10.7202/1004116ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1957

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

Érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Les sanctions de la violation de la règle d'ordre public dans les conventions entre particuliers

INTRODUCTION

Aperçu général

1. Si l'unanimité se fait autour du caractère absolu de la nullité d'un contrat allant à l'encontre de l'ordre public, il est nécessaire d'étudier de plus près l'intention illicite, le contrat complexe, la clause illicite. À la lumière des articles 760 et 1080 du *Code civil*, nous aborderons ensuite les sanctions et les obligations dépendant d'une condition contraire à l'ordre public.

2. Une fois la nullité prononcée, il s'agit de s'interroger pour savoir si l'action en répétition en vue de recouvrer les prestations qui ont pu être versées de part et d'autre, à l'occasion d'un contrat illicite, est recevable, lorsque le tort de ce contrat a été de déroger à une règle possible que si la ligne de démarcation entre l'ordre public, les bonnes mœurs et l'ordre pénal est bien établie. Après une étude sommaire des doctrines anglaise et française, nous verrons que, dans la province de Québec, l'accord semble s'être fait sur le principe suivant : l'action en répétition n'est refusée que s'il y a atteinte aux bonnes mœurs ou à l'ordre pénal.

I. — NULLITÉ ABSOLUE DES CONVENTIONS CONTRAIRES À L'ORDRE PUBLIC

3. Une convention ayant été reconnue contraire à l'ordre public, quelle sera la sanction ? Nullité avec permission de se servir de l'action en répétition ? Refus total d'action, de la part du Tribunal ? Confiscation des prestations déjà versées ?

4. Alors que la confiscation au profit de l'État n'a jamais lieu chez nous¹ et que le refus d'action est la sanction propre aux contrats immo-

1. La confiscation est le propre des pays totalitaires. Ainsi l'article 407 du *Code civil soviétique* énonce le principe suivant : « Celui qui s'est enrichi aux dépens d'une autre personne, par suite d'un acte de cette personne ou illégal ou tendant à léser l'État, est tenu de verser au profit de l'État ce qu'il a reçu indûment. »

raux,² ou contraires à l'ordre pénal, la nullité, avec sa conséquence première, le retour au *statu quo*, trouve toujours son application ici. Réserve l'étude de l'action en répétition à notre seconde partie, nous examinerons d'abord la nature de la nullité ; comment et quand elle peut ou doit être prononcée.

5. Quant à la nature de la nullité, tous les auteurs canadiens : Loranger,³ Langelier,⁴ Mignault,⁵ Trudel,⁶ suivant en cela la doctrine française,⁷ s'entendent pour reconnaître son caractère absolu. Mignault⁸ base son interprétation sur l'article 13 du *Code civil* dont il trouve le « on ne peut » tellement catégorique⁹ qu'aucune discussion n'est possible. Nous sommes donc en présence d'une nullité qui n'est point susceptible d'être couverte par confirmation ou ratification, ni éteinte par prescription.

6. Si le domaine des nullités contraires à l'ordre public semble présenter parfois un certain relativisme quant à la personne qui peut les invoquer, quant à la prescription, il faut remarquer que, dans ces cas, nous pénétrons dans le champ des institutions :¹⁰ minorité, mariage, tutelle, etc.

7. Tout intéressé eut demander au Tribunal de prononcer la nullité d'un contrat illicite. Le ministère public (le procureur général) peut aussi, lui-même, s'en charger. Dans une action en demande d'exécution d'une convention contraire à l'ordre public, le même phénomène peut se produire, en ce sens que tout intéressé peut alléguer la nullité pour refuser l'exécution.

8. Qu'arriverait-il si la cause de nullité n'était pas plaidée ? Perrault¹¹ se pose la question suivante :

« En l'absence de toute allégation, le Tribunal peut-il d'office *proprio motu*, prononcer la nullité et refuser la sanction judiciaire à l'acte juridique qui lui est soumis ? »

2. C'est la règle *Nemo auditur*, sanction propre aux contrats immoraux.

3. LORANGER, t. I, p. 211.

4. LANGELIER, t. I, p. 95.

5. MIGNAULT, t. IV, p. 203.

6. TRUDEL, t. I, p. 88.

7. DALLOZ, *Répertoire 1951-1954*, t. 3, p. 668.

8. MIGNAULT, t. I, p. 122.

9. L'importance de ce mode de rédaction a été dégagée par Dumoulin : « *Particula negativa præposita verbo potest tollit potentiam juris et facti ; designat actionem impossibilem.* »

10. Institutions, c'est-à-dire ensembles de règles à but social.

11. PERRAULT, *Revue du Barreau*, 1949, p. 13 et ss.

En se basant sur la Jurisprudence,¹² il déclare que, lorsqu'il s'agit d'une nullité d'ordre public, il faut répondre par l'affirmative. Le juge Girouard, pour justifier le Tribunal d'intervenir en pareil cas, a invoqué les articles 1000 et 2188 du *Code civil* :

« le législateur exigeant, dans les cas prévus par les deux articles, l'initiative des parties intéressées laisse entendre que le Tribunal peut d'Office suppléer le moyen résultant d'une nullité absolue. »¹³

9. Dans la cause *Consumers Cordage vs St. Garb Land and Hydraulic Co.*,¹⁴ le juge en chef Rinfret s'exprime dans le même sens :

« Before us, counsel for the appellant stated that he did not intend to argue that the agreement was contrary to public policy, or public order. It may be stated, however, that, if it had really been so, we apprehend that it would have been duty of the Court to raise the question *proprio motu*. It is true that there are no conclusions in the plea praying for the annulment of the agreement ; but, if the Court had been of the opinion that the agreement was against public order, it would have had, nevertheless to declare the agreement void and null *ab initio*. »

10. Il est cependant arrivé que le Tribunal a ordonné un nouveau procès alors qu'un contrat avait été considéré comme contraire à l'ordre public et que l'illégalité n'avait pas été alléguée ; cela afin de donner à l'une des parties l'occasion de produire une défense en ce sens.¹⁵

11. Mignault¹⁶ donne une exception qui semble vouloir contredire l'absolutisme de la nullité :

« Si le but, » énonce-t-il, « que se propose l'une des parties est illicite, tandis qu'il est légitime chez l'autre, celle-ci peut invoquer le contrat et en demander l'exécution. »

On trouve ici tout simplement le souci de ne pas punir celui qui, innocemment, participe à une convention illicite.¹⁷

12. En réalité, le problème se pose de cette façon : lorsque le fait ou l'objet est intrinsèquement illicite ou immoral, il y a présomption que les

12. *Côté vs Hangley*, (1881), 79 L.R., 42.
Allen vs Robert, (1907), 13 R.L., 132.
Larochelle vs Bluteau, (1928), 34 R.L., 328.
Cloutier vs Poirier, (1929), 35 R.L., 436.
Saint-Jean-Baptiste vs Brault, (1900), 30 S.C.R., 598.

13. PERRAULT, *ibid.*

14. 1945 S.C.R., pp. 158-164.

15. *Ogilvie vs Davis*, (1920-21), 61 S.C.R., 364.

16. MIGNAULT, t. 4, p. 203.

17. La même règle est invoquée en présence d'une condition illicite dans un *testament* : Nous étudierons cette question un peu plus loin.

parties ont eu connaissance de l'illicéité ou de l'immoralité ; le contrat est nul. Cependant, si c'est un simple mobile de l'acte qui est illicite ou immoral, il faut qu'il soit commun aux deux parties pour que le contrat soit annulé.¹⁸ Il faut admettre qu'à ce sujet, la jurisprudence n'a pas pu établir de normes fixes et rigides ; qu'une grande latitude est laissée au juge. Ainsi, on permettra l'action en vue de recouvrer l'argent prêté, par un tiers, à un joueur ; le prix de vente d'un piano à une maison de tolérance ; le prix de boissons fournies à une maison de ce genre.¹⁹

13. Lorsque la cause ou l'objet d'un contrat est illicite, il suffit d'appliquer les articles 990 ou 1062, selon le cas. Mais supposons que l'illicéité ne concerne qu'une seule clause²⁰ de la convention — ainsi, je vends un immeuble au prix de \$10,000. que l'acheteur me paie moitié comptant. J'exige pour les \$5,000. dollars qu'il me paiera par versements un intérêt excessif et illégal. Cela serait-il suffisant pour entraîner la nullité du contrat de vente ? Le vice affectera-t-il tout le contrat, ou le juge pourra-t-il faire tomber seulement la clause en question et donner au reste du contrat son exécution normale ?

14. Malheureusement, la doctrine et la jurisprudence canadiennes sont silencieuses à ce sujet. Baudouin dit bien, en passant :

« Il, (le juge) répute non écrites certaines clauses afin d'assurer la prééminence de l'ordre public »

mais personne ne s'arrête au problème. L'étude des théories anglaises²¹ et françaises²² à ce sujet nous permet cependant de retenir le principe suivant, lequel veut tenir compte à la fois de l'intention des parties et du respect de l'ordre public. Lorsqu'une seule clause vise un but illicite, le juge peut la réputer non écrite s'il la considère comme un simple accessoire du contrat principal. Lorsque, au contraire, tout le contrat semble tendre vers le but illicite, la clause contraire à l'ordre public entraîne la nullité totale : on présume alors l'accord des parties pour subordonner le contrat à la clause illicite.²³

15. Dans d'autres occasions, nous trouvons plus que des clauses figurant dans un contrat : nous avons ce que l'on convient d'appeler un

18. P. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, p. 236.

19. *Jurisprudence française*.

20. Il ne s'agit pas de la clause pénale dont il est traité à l'article 1132 du *Code civil*.

21. Les Tribunaux ne diviseront une convention que lorsqu'il peuvent faire cette opération au moyen « d'un crayon bleu », i.e. qu'il faut que les parties aient prévu une pluralité d'obligations facilement décomposables dans le contrat.

22. P. MALAURIE, *op. cit.*, p. 253, etc.

23. On a jugé en France que la nullité de la contre-lettre n'entraînait pas la nullité du contrat principal : P. MALAURIE, *op. cit.*, p. 253.

contrat complexe où l'on trouve en réalité, la juxtaposition ou la superposition de deux ou plusieurs contrats. La nullité de l'un entraîne-t-elle la nullité des autres ?

16. Une cause qui a été jugée récemment par la Cour suprême vient nous aider à trouver la solution. Il s'agit de l'affaire *Pauzé vs Gauvin*.²⁴ Pauzé retint les services de Gauvin, un ingénieur civil, pour la préparation des plans, des devis et pour la surveillance d'une construction. Pauzé paya une partie des honoraires mais refusa de payer la solde. Gauvin intenta une action à Pauzé qui invoqua alors la nullité de la convention comme contraire à l'ordre public. On plaida que Gauvin étant ingénieur civil ne pouvait réclamer des honoraires pour un travail réservé exclusivement aux architectes, la loi régissant la corporation des architectes étant d'ordre public. Le Tribunal avait donc à se prononcer sur deux points :

a) Cette loi était-elle d'ordre public ?

b) Si elle l'était et que, par conséquent, Gauvin ne pouvait réclamer aucun salaire pour la préparation et la modification des plans et devis, pouvait-il, malgré la nullité d'une partie de la convention, réclamer les honoraires pour la surveillance de certains travaux, tâche qui entrerait précisément dans ses attributions officielles ?

C'est ce dernier point qui nous intéresse.

17. La Cour suprême (avec 2 juges dissidents) infirma en partie la décision de la Cour du banc de la reine ; reconnut à Gauvin le droit de réclamer des honoraires pour la surveillance des travaux, même si l'autre partie de la convention, prévoyant la préparation de plans et devis, était nulle parce que contraire à l'ordre public.²⁵ À cette occasion, M. le juge Taschereau s'exprima ainsi :

« Il ne fait pas de doute qu'en certains cas, la nullité du contrat principal qui existe à l'état isolé et par lui-même, entraîne la nullité du contrat accessoire qui ne peut exister qu'en se rattachant à ce même contrat principal . . . Mais le cas qui nous occupe est entièrement différent. Il n'y a ni contrat principal ni contrat accessoire. L'intimé (Gauvin) a accepté de remplir deux obligations entre lesquelles il n'y a pas de relation. En réalité, il existe un contrat pour la confection des plans, dont la rémunération est interdite, et un autre pour la surveillance des travaux, pour laquelle la loi ne défend pas de recevoir des honoraires. »

18. L'obligation peut dépendre encore, pour sa résolution, de l'avènement ou du non-avènement d'une condition. C'est ce qu'on a convenu

24. 1953 B.R. 57 ; 1954 S.C.R. 15 (Commenté par PERRAULT, dans la *Revue du Barreau*, 1954, p. 295.)

25. Cette opinion est conforme à celle exprimée, précédemment, dans une cause analogue par la même Cour (*Dupré Quarries vs Arthur Dupré*, 34 S.C.R., 528.)

d'appeler une obligation conditionnelle. Notre *Code* est clair et formel à ce sujet. L'article 1080 nous dit :

« La condition contraire à la loi ou aux bonnes mœurs est nulle et rend nulle l'obligation qui en dépend . . . »

L'article 760 :

« La condition impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, aux lois, ou à l'ordre public, dont dépend une donation entre vifs, est nulle et rend nulle la disposition elle-même comme dans les autres contrats. Dans un testament, une telle condition est considérée comme non écrite et n'annule pas la disposition. »

19. Cette différence s'explique assez bien.²⁶ Dans le cas des contrats et des donations, les deux parties ont librement consenti à violer l'ordre public. Dans le cas du testament, la volonté du testateur entre seule en jeu ; il serait injuste de faire souffrir le légataire d'une faute dont il n'est pas responsable.²⁷

20. Mignault, se basant sur les auteurs modernes,²⁸ croit cependant

« que le Testament serait nul lorsque le testateur a manifesté formellement la volonté d'en subordonner l'efficacité à l'accomplissement de la condition ; en faisant de celle-ci la partie principale de la libéralité, et de la libéralité de la partie accessoire. »

Trudel²⁹ pense toutefois que le texte de notre article ne peut entraîner pareille interprétation car,

« dans le cas du testament, la législation s'en tient à la fiction de la condition non-écrite, que la disposition en dépende ou non. »

Il rejoint par là l'opinion de la Cour de cassation³⁰ qui, en principe, ne tient aucun compte de la volonté manifestée par le disposant de subordonner l'effet de la disposition à l'accomplissement de la condition.

21. Notre *Code* diffère cependant du *code Napoléon* ; dans ce dernier, les donations entre vifs, aussi bien que les testaments, connaissent la

26. MIGNAULT, t. 4, p. 122.

27. On disait, en droit romain, que ces conditions *viciantur et non viciant*.

28. MIGNAULT se base sur BAUDRY-LACANTINERIE (*Donations entre vifs et testamentaires*, n.° 75 et ss.) qui, lui-même, suit Pothier lequel disait « ce dont on ne peut douter est que si le legs dont le testateur a grevé son héritier avait été fait dans la vue qu'aurait eue le testateur de se mettre au-dessus des lois . . . le legs serait nul. »

29. TRUDEL t. 5, p. 33 et ss.

30. SIREY et GILBERT, s.s. art. 900 C.N., n.° 95.

règle de la condition réputée non écrite. On explique le point de vue français ³¹ en prétextant que, dans un contrat, chaque partie se trouve sur un pied d'égalité ; que, par conséquent, l'insertion d'une condition illicite ne peut se faire que par la volonté des deux parties ; tandis que le donataire joue un rôle passif et qu'il subit plus qu'il n'accepte ³² les conditions du donateur. Quant à nous, nous avons préféré la doctrine de l'ancien droit et assimilé la donation entre vifs aux contrats onéreux ; dans les deux cas, nous avons confection de l'acte en présence des deux parties ; contrairement à ce qui se passe dans les testaments, l'atteinte à l'ordre public ne peut se faire qu'avec le consentement ou la participation des deux parties.

II. — L'ACTION EN RÉPÉTITION

22. Le Tribunal ayant prononcé la nullité d'un contrat, ou ayant refusé l'action en exécution d'un tel contrat, devrait, ensuite, permettre à la partie qui a versé sa prestation de répéter celle-ci puisqu'il est de l'essence même de la nullité de remettre les parties dans le *statu quo* ; le contrat originaire, n'ayant jamais été légal, n'a pu, à aucun moment, être créateur d'obligations. C'est l'application de la règle du « paiement de l'indu » qui entre en jeu. En effet, celui qui a reçu une chose qui ne lui était point due est tenu de la restituer.³³ L'autre partie a donc le droit de répéter ce qu'elle a payé indûment.

23. Tous nos auteurs, Mignault ³⁴ en tête, nous rappellent qu'en matière de répétition de l'indu, il faut distinguer entre les contrats contraires aux bonnes mœurs et ceux qui n'ont pas de caractère.

24. C'est ici que la démarcation entre l'ordre public et les bonnes mœurs prend de l'importance. Les sommes dont on se dessaisit en vertu d'un contrat contraire à ces dernières ne peuvent être répétées ; tandis que celles dont on se dessaisit en vertu d'une convention illicite sont sujettes à répétition, par application de la règle que « nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. » ³⁵

25. Si l'action en répétition est refusée dans le cas des contrats immoraux, ce n'est pas qu'on ne veuille pas appliquer le principe précé-

31. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. 2, p. 302.

32. MIGNAULT, t. 4, p. 12

33. Il faut assimiler celui qui, par erreur, reçoit ce qui ne lui est pas dû, à celui qui reçoit quelque chose en vertu d'un contrat illégal puisque, en fait, ce contrat n'a jamais existé : MIGNAULT, t. 5, p. 332. À ce sujet, le juge Andrews, dans la cause *Langlais vs La Caisse d'Économie*, 4 C.S., 65, a déclaré : « Celui qui reçoit de l'argent de quelqu'un sur la foi d'un contrat qui n'a pas d'existence légale est tenu de le restituer. »

34. MIGNAULT, t. 5, p. 332.

35. *Rolland vs La Caisse d'Économie*, 3 B.R., 315.

dent mais c'est que le Tribunal considère comme contraire à sa dignité et à ses fonctions de statuer sur des causes immorales.³⁶ Aussi, si des prestations ont été versées en exécution d'un contrat immoral, le Tribunal refuse tout recours pour les répéter, de la même façon qu'il refuse l'action en exécution.

26. Si, en théorie, le problème semble se résoudre assez facilement par l'application de la double équation contrat immoral = pas d'action en répétition ; contrat illicite = action en répétition, — en pratique, la distinction est plus malaisée. Un coup d'œil sur les théories françaises et anglaises nous aidera à mieux comprendre le problème même si ces théories aboutissent à des conclusions différentes.

27. Après une période de tâtonnements et d'hésitations entre l'illécité et l'immoralité, on en est venu, en France, à une délimitation assez précise entre les deux notions, du moins au regard de l'action en répétition. Le principe français étant le retour au *statu quo ante*, on a restreint le champ d'application de la maxime *nemo auditur* aux seuls contrats immoraux. L'opinion de la jurisprudence française est résumée dans une décision de la Cour d'Aix³⁷ qui déclare que

« si la jurisprudence refuse toute action en répétition à celui qui invoque une convention immorale et contraire aux bonnes mœurs, il n'en est pas de même lorsque la convention est seulement contraire à l'ordre public et prohibée par la loi. »

La doctrine française cite cependant comme exception à cette règle la corruption des fonctionnaires, l'exécution de travaux pour un pays ennemi, le jeu et le pari. Mais il semble que l'on doive précisément considérer comme immoraux du moins à un certain degré, ces jeu, corruption et trahison.³⁸

28. Se basant sur la règle *ex dolo malo non oritur actio*, les tribunaux anglais ne font pas la distinction entre l'illécité et l'immoralité. Cette règle a, pour les Anglais, un caractère procédural. Pour eux un individu, dans ces cas, n'a pas droit à la justice laquelle est un privilège dont une turpitude fait perdre le bénéfice. Le principe anglais est donc

36. En fait, si la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, était appliquée dans son sens strict, le juge ne prononcerait même pas la nullité d'un contrat immoral. La logique serait de renvoyer tout simplement l'action.

37. Citée par P. MALAURIE, *op. cit.*, p. 217.

38. La jurisprudence a même admis l'action *de in rem verso* en présence de situations immorales. Ainsi, on a permis à la concubine qui a fourni gratuitement des services à son concubin d'obtenir, lors de la rupture du concubinage, une indemnité grâce à l'action *de in rem verso*. Mais c'est une exception car la doctrine admet que la morale l'emporte toujours sur l'action *de in rem verso*. P. MALAURIE, *op. cit.*, p. 228 et ss.

celui du maintien du *statu quo* et le tribunal ³⁹ n'apportera pas d'aide à celui qui fonde la cause de son action sur un contrat illégal ou immoral.⁴⁰ On ne fait donc pas la distinction entre l'immoral et l'illicite.

« J'ai toujours considéré, » dit le juge Pollock », que c'est une règle de droit bien établie que la personne qui contribue à l'exécution d'un acte illicite ne peut recouvrer le prix de la chose ainsi fournie. On ne peut faire aucune différence entre un but immoral et un but illicite. »

Il faut, en Angleterre, que l'acte illicite soit totalement distinct du titre dont se prévaut le demandeur pour qu'il y ait action en répétition.

29. La présentation rapide des théories anglaise et française suffit à nous montrer combien l'illicéité et l'immoralité se confondent facilement. Il faudrait ajouter que les règles étant assez floues, une grande latitude est laissée aux juges. Nous continuerons de regarder vers la France de l'Angleterre pour déterminer si un acte contraire à l'ordre pénal s'assimile à un acte immoral ou à un acte illicite.

30. Dans les pays de *common law*, la règle *ex dolo malo* s'applique aussi bien aux violations de l'ordre pénal qu'aux violations de l'ordre civil ou moral. La jurisprudence anglaise voit, dans le délit pénal, le type même de l'acte juridique qui est sanctionné par *ex dolo malo*.

31. De façon assez étrange, le droit français contemporain met le délit pénal presque sur un pied d'égalité avec l'acte illicite ; il accorde certains effets à l'exécution d'un contrat qui viole le droit pénal.⁴¹ M. Malaurie, dans son étude sur *L'Ordre public et le contrat*, trouve paradoxale cette situation :

« Celui qui a pâti de sa participation à un délit pénal se trouve dans une situation meilleure que celui qui a subi un préjudice du fait de l'immoralité de ses actes. »

32. L'unanimité s'est faite ici pour suivre le droit français le moins récent et le droit anglais et assimiler le délit pénal à l'acte immoral.

39. Lord Mansfield, dans *Holman vs Johnson* 1775, 98 B.R., 1121.

40. À cause du caractère très strict de la règle anglaise, on cherche à lui trouver des exceptions et des adoucissements. Ainsi, un auteur, Cheshire, considérait qu'il y avait deux sortes de *public policies* ; distinguait les contrats fondamentalement illégaux et les contrats seulement indésirables.

41. Cela évoque un panage littéraire que nous reproduisons, tellement il est agréable et rare de voir dans le droit des rapprochements avec la littérature : « Point de ces pécheurs à demi qui ont quelque amour pour la vertu ; ils seront tous damnés, ces demi-pécheurs. Mais pour ces francs pécheurs, pécheurs endurcis, pécheurs sans mélange, pleins d'ardeur, l'enfer ne les tient pas, ils ont trompé le diable à force de s'y abandonner. »

33. Il s'ensuit que seule l'action visant à répéter des prestations versées à l'occasion d'une convention contraire à l'ordre public est recevable. Mais l'est-elle toujours? Il semble que nous pouvons répondre de façon affirmative car chaque fois que telle action a été refusée, il y avait en plus atteinte à l'ordre pénal ou à la moralité.⁴²

34. Empruntons notre conclusion sur ce point au juge G. S. Challies :

« Si le contrat est contraire à l'ordre public, ou constitue une violation d'une disposition d'ordre public, le contrat est nul, mais chaque partie peut répéter ce qu'elle a payé ; la nullité du contrat les replace dans le même état où elles étaient auparavant. Mais si l'obligation a une cause contraire aux bonnes mœurs ou aux dispositions du droit criminel, aucun des contractants ne peut répéter ce qui a été payé en vertu du contrat. »⁴³

CONCLUSION

35. Le rôle de la notion d'ordre public dans les conventions se traduit essentiellement par la nullité. L'article 13 du *Code civil* est formel : cette nullité est absolue. La partie lésée, tout intéressé, le ministère public même peuvent l'invoquer car toutes les règles d'ordre public sont établies par le législateur dans l'intérêt de la société.

36. Des exceptions à cette loi générale n'existent que dans un but de justice. Ainsi, on ne pourra opposer la nullité à la partie ignorante du mobile illicite de l'autre partie ; au légataire, dans le testament. On cherchera à donner effet au contrat lorsque seule une clause est illicite ; ou au contrat connexe, lorsque son allié est invalidé, mais en s'assurant toujours de ce que les parties n'ont point subordonné leur volonté à l'illicéité.

37. Le contrat illicite est considéré comme n'ayant jamais existé légalement ; on permettra donc l'action en répétition en vue de rétablir le *statu quo ante*. Contrairement à l'Angleterre, qui assimile illicéité et immoralité ; à la France, qui confond ordre pénal et légalité civile, nous

42. Ainsi, dans la cause Hébert *vs* Sauvé (1937), 38 R.L., 470 : la répétition des sommes versées en vertu d'une convention défendue par la loi de la commission des liqueurs a été refusée mais le juge a basé son refus sur l'immoralité qui entachait une transaction déjà illicite.

43. C'est la conclusion à une étude faite par le juge G. S. Challies, sur les bonnes mœurs dans la province de Québec. La jurisprudence citée par le juge, à l'appui de sa thèse est la suivante :

Lapointe *vs* Messier (1913-14), 49 S.C.R., 71 ;
 Prévost *vs* Bédard (1914-15), 51 S.C.R., 149 ;
 Guy *vs* Vézina (1930), 58 C.S., 104 ;
 B. *vs* S. (1949), C.S., 390 ;
 Langelier *vs* Demers (1928), 66 C.S., 20.

posons chez nous une distinction bien nette : l'action en répétition est refusée lorsque la convention a offensé les bonnes mœurs ou le droit pénal ; elle est au contraire permise, lorsque le *seul* tort de la convention a été d'aller à l'encontre de l'ordre public.

Réjean PATRY,
étudiant en droit
à l'université d'Ottawa.

Bibliographie

(Principaux ouvrages consultés)

- TRUDEL : *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, 5, 7.
MIGNAULT : *Droit civil canadien*, t. 1, 4, 5.
BILLETTE : *Donations et Testaments*.
Répertoire Dalloz, éd. 1951-54, t. 3, V° « Ordre public ».
PLANIOU, RIPERT et BOULANGER : *Traité*, t. 2, p. 36 et ss.
Traité Pratique de Planiol, t. 6 par Esmein, p. 216 et ss.
PERRAULT : *Revue du Barreau*, 1949, p. 1 et ss.
BEAUDOIN : *Revue du Barreau*, 1953, p. 381 et ss.
Thémis, 1952, (déc.), p. 71 et ss.
PERRAULT : *Revue du Barreau*, 1954, p. 295 et ss.
BAUDRY-LACANTINERIE : *Précis de droit civil*, t. 2.
P. MALAURIE : *L'ordre public et le contrat*.
COLIN et CAPITANT : *Cours élémentaire de droit civil*, t. 2.
L. PELLAND : *Revue du Droit*, 1931-32, pp. 17 et ss.
-